

## „Grabungsgenehmigung“? Braucht man nicht!

Karl, Raimund

Published: 11/02/2018

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Cyswllt i'r cyhoeddiad / Link to publication](#)

*Dyfyniad o'r fersiwn a gyhoeddwyd / Citation for published version (APA):*

Karl, R. (2018, Feb 11). „Grabungsgenehmigung“? Braucht man nicht! Zwei maßgebliche Erkenntnisse österreichischer Gerichte aus dem Jahr 2017 zur archäologischen Denkmalpflege und ihre Konsequenzen. (2 ed.)

<https://archdenk.blogspot.co.uk/2018/02/grabungsgenehmigung-braucht-man-nicht.html>

### Hawliau Cyffredinol / General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

## „Grabungsgenehmigung“? Braucht man nicht!

Zwei maßgebliche Erkenntnisse österreichischer Gerichte aus dem Jahr 2017  
zur archäologischen Denkmalpflege und ihre Konsequenzen

Raimund Karl

**Abstract:** Das österreichische Bundesdenkmalamt behauptet seit Jahrzehnten, dass jedwede Grabung und sonstige Nachforschung an Ort und Stelle zur Entdeckung von Bodendenkmälern nur mit Bewilligung gem. § 11 Abs. 1 Denkmalschutzgesetz durch das BDA durchgeführt werden darf. Zwei neue gerichtliche Erkenntnisse, eines des Bundesverwaltungsgerichts und eines des Verwaltungsgerichtshofs, zeigen jedoch, dass diese Rechtsmeinung verfehlt war und ist. Vielmehr scheint es im Licht dieser Erkenntnisse so zu sein, als ob eine „Grabungsgenehmigung“ nur für solche Grabungen und sonstige Nachforschungen notwendig sei, die gem. §§ 2, 2a, 3 oder 9 Abs. 3 DMSG denkmalgeschützte archäologische Gegenstände und solche betreffen, bei denen das Bestehen eines öffentlichen Interesses an ihrer Erhaltung durch öffentlich zugängliche Sachverständigengutachten als wenigstens wahrscheinlich beurteilt wurde. De facto würde das bedeuten, dass man außer für Nachforschungen auf den etwa 1.100 geschützten archäologischen Denkmälern in Österreich derzeit für die Durchführung archäologischer Maßnahmen keiner Grabungsgenehmigung bedarf.

---

Seinen *Richtlinien für archäologische Maßnahmen* zufolge interpretiert das Bundesdenkmalamt (BDA) seit Jahren die Bestimmungen des § 11 Abs. 1 Denkmalschutzgesetz (DMSG) derart, dass „Voraussetzung für die Aufnahme **jeglicher** Grabungstätigkeiten »und sonstiger Nachforschungen an Ort und Stelle zum Zwecke der Entdeckung und Untersuchung beweglicher und unbeweglicher Denkmale« (§ 11 Abs. 1 DMSG) [...] das Vorliegen eines bewilligenden Bescheides des Bundesdenkmalamtes gemäß § 11 Abs. 1 DMSG“ (BDA 2016, 6; Hervorhebung in Fettdruck: RK) sei. Der Rechtsansicht des BDA zufolge galt diese Genehmigungspflicht überall und für alle Formen von Nachforschungen, die an „Ort und Stelle“ ausgeführt wurden; d.h. auch auf Bodenflächen, auf dem nicht einmal ein begründeter Verdacht besteht, dass auf ihnen archäologische Denkmale vorkommen; sowie für die bloße Inaugenscheinnahme der Landschaft mit dem freien Auge bzw. auch die vorsätzliche Suche nach und das Aufsammeln von Oberflächenfunden.

Ich selbst habe hingegen seit Jahren an verschiedenen Orten (z.B. Karl 2016a; 2016b; 2017a; 2017b) und auch in direkten Schreiben an FachkollegInnen im und außerhalb des BDA davor gewarnt, dass diese Rechtsansicht aus verschiedenen Gründen unhaltbar ist und einer gerichtlichen Überprüfung nicht standhalten würde. Vielmehr, so mein auf seinen Kern reduziertes Argument in meinen einschlägigen Warnungen, würde die Bewilligungspflicht des § 11 Abs. 1 DMSG ausschließlich oder wenigstens nahezu ausschließlich für invasive Untersuchungen von bereits vor dem Zeitpunkt der geplanten Untersuchungen gem. §§ 2a, 3 oder 9 Abs. 3 DMSG geschützten archäologischen Denkmälern gelten (siehe dazu z.B. Karl 2017a, 32-33); während alle nicht durch einen individuellen Rechtsakt des BDA unter Denkmalschutz gestellten Fundstellen gänzlich genehmigungsfrei von jedem (Einwilligung des Grundeigentümers vorausgesetzt) nach Belieben durch Grabungen oder sonstige

Nachforschungen an Ort und Stelle untersucht werden dürften. Selbst nachdem ich einen Beweis für die Richtigkeit meiner Rechtsmeinung geführt hatte, indem ich selbst eine nicht bewilligte archäologische Ausgrabung durchgeführt und mich selbst dafür angezeigt hatte, aber das daraus resultierende Verwaltungsstrafverfahren von der Strafverfolgungsbehörde eingestellt worden war, weil meine Handlung keine Verwaltungsübertretung darstellte (Karl 2014; 2016b, 11), reagierte das BDA auf meinen daraufhin gestarteten Aufruf an die Fachwelt zum Lobbying für eine Gesetzesänderung nur mit dem lapidaren Kommentar, dass das BDA meine Rechtsansicht nicht teile (Karl 2016b, 11).

Nun liegen jedoch zwei neue Erkenntnisse österreichischer Gerichte vor, die zeigen, dass meine Warnungen vor überzogenen Auslegungen der Bestimmungen des § 11 Abs. 1 DMSG keineswegs unberechtigt oder unbegründet waren. Dabei handelt es sich einerseits um das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts (BVwG) vom 11.9.2017, W183 2168814-1/2E, in einem von mir selbst angestregten Fall; sowie andererseits das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs (VwGH) vom 23.2.2017, Ro 2016/09/0008 in einer nicht damit in Zusammenhang stehenden Sache. Diese Erkenntnisse und die sich daraus ergebenden Folgen für die Bestimmung des Anwendungsbereichs des § 11 Abs. 1 DMSG werden im Folgenden besprochen, beginnend mit dem weniger, aber auch schon dramatischen, erstgenannten Fall.

### Bundesverwaltungsgericht vom 11.9.2017, W183 2168814-1/2E

Das Erkenntnis des BVwG vom 11.9.2017, W183 2168814-1/2E erging als Folge einer von mir erhobenen Beschwerde gegen einen bewilligenden Bescheid des BDA gem. § 11 Abs. 1 DMSG.

Die relevante Vorgeschichte dazu ist: am 7. und 8. April 2017 führte der Verein ArchaeoPublica gemeinsam mit KollegInnen vom bayerischen Landesamt für Denkmalpflege seinen ersten geplanten Workshop für archäologieinteressierte BürgerInnen in Linz durch. Bei diesem Workshop ging es um die sachgerechte Durchführung von Geländebegehungen (bzw. „Surveys“) für die archäologische Landesaufnahme, insbesondere für die Aufsammlung von Oberflächenfunden, an denen zahlreiche Laien besonders interessiert sind. Mir war für diesen Workshop vom Vorstand von ArchaeoPublica aufgetragen worden, in einem Vortrag die Rechtslage zur Durchführung solcher Geländebegehungen darzustellen.

Während der Vorbereitungen für diesen Vortrag stieß ich auf einen offensichtlichen Widerspruch zwischen dem Gesetzestext des § 11 Abs. 1 DMSG und den Richtlinien des BDA (2016). Während der Wortlaut des § 11 Abs. 1 DMSG bestimmt, dass Grabungen und „*sonstige Nachforschungen an Ort und Stelle zum Zwecke der Entdeckung und Untersuchung beweglicher und unbeweglicher Denkmale unter der Erd- bzw. Wasseroberfläche*“ (§ 11 Abs. 1 DMSG; Fett: RK) der Bewilligung des BDA gemäß der Bestimmungen dieses Paragraphen bedürfen, also Oberflächenfundaufsammlungen explizit aus dem Anwendungsbereich dieser Bestimmung ausnimmt, weist das BDA in seinen Richtlinien „Begehungen“ zur Inaugenscheinnahme von Geländemerkmale und zur Aufsammlung von Oberflächenfunden unter Überschrift „2.1.2“ als „*Bewilligungspflichtige Prospektionsmethoden – Untersuchungen vor Ort*“ aus (BDA 2016, 11-12). Eine Email-Nachfrage bei der Abteilung für Archäologie des BDA bestätigte ebenso wie die bei einigen KollegInnen, die in den letzten Jahren Oberflächenfundaufsammlungen durchgeführt hatten, dass das BDA tatsächlich solche „Surveys“ den Bestimmungen des § 11 Abs. 1 DMSG unterwarf.

Das stellte mich vor ein nicht geringes Problem, vor allem, weil der einschlägige Gesetzeskommentar (Bazil et al. 2015, 64) unter Berufung auf ein älteres Erkenntnis des VwGH (24.6.1985, 84/12/0213) ebenfalls explizit ausführte, dass das bloße Auflesen von Oberflächenfunden keine

bewilligungspflichtige Ausgrabung darstellen würde. Nachdem ich diesen Widerspruch vor dem Workshop nicht auflösen konnte, war ich gezwungen dort beide Rechtsansichten zu referieren und natürlich auch auf die Diskrepanz zwischen der Rechtsmeinung des BDA einerseits und dem Gesetzeswortlaut, dem einschlägigen Kommentar und der höchstgerichtlichen Judikatur andererseits zur konkreten Frage hinzuweisen.

Nachdem jedoch das BDA als Verwaltungseinrichtung des Bundes an das Legalitätsprinzip der Bundesverfassung (*„Die gesamte staatliche Verwaltung darf nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden.“*; Art. 18 Abs. 1 B-VG) gebunden ist, schrieb ich noch am 9. April einen Brief an den Leiter der Abteilung für Archäologie des BDA, in dem ich eine Anpassung der Handhabungspraxis an die tatsächliche Gesetzeslage einforderte. Gleichzeitig stellte ich zur Überprüfung, ob das BDA tatsächlich Bescheide ohne Rechtsgrundlage erlassen würde, einen Antrag auf Bewilligung eines „Surveys“ gem. § 11 Abs. 1 DMSG im Garten meiner Eltern im 13. Wiener Gemeindebezirk. Sowohl das, als auch die Tatsache, dass ich in Anbetracht der eindeutigen Rechtslage einen meinen Antrag zurückweisenden Bescheid des BDA erwartete, wurde im schon genannten Schreiben an HR Hebert explizit erwähnt.

Dennoch erteilte mir das BDA mit Bescheid vom 13.6.2017, BDA-61408.obj/0001-ARCHÄO/2017, die Bewilligung gem. § 11 Abs. 1 DMSG für den beantragten „Survey“; selbstverständlich verbunden mit einer ganzen Liste an Auflagen. Zu diesen erteilten Auflagen gehörte unter anderem natürlich sowohl die Einhaltung der Richtlinien selbst, wie das derzeit üblich ist, als auch, dass ich die finanzielle Bedeckung für die gesamte Maßnahme einschließlich Konservierung/Restaurierung, wissenschaftlicher Bearbeitung, Sicherung von beweglichen und unbeweglichen Bodendenkmälern und Wiederherstellungsarbeiten zu gewährleisten hätte. Insbesondere Letzteres sind übrigens alles Verpflichtungen, die nicht einmal dem Eigentümer gem. §§ 2, 2a, 3 bzw. 9 Abs. 3 DMSG denkmalgeschützter Denkmale aufgetragen werden können, weil es sich dabei allesamt um „aktive Konservierungsmaßnahmen“ handelt, die das DMSG überhaupt nicht kennt (Bazil et al. 2015, 16, 43-44).

Um die dem ganzen Testfall zugrundeliegende Rechtsfrage, ob Oberflächenfundaufsammlungen überhaupt den Bestimmungen des § 11 Abs. 1 DMSG unterliegen, (neuerlich) zu klären und gleichzeitig diese mir vom BDA ohne jedwede Rechtsgrundlage auferlegten zusätzlichen Belastungen abzuwehren erhob ich daraufhin mit Schreiben vom 11.7.2017 Beschwerde an das BVwG. In der Beschwerdebegründung führte ich als ersten Punkt aus, dass schon der Gesetzeswortlaut und die bereits existierende höchstgerichtliche Judikatur zu der relevanten Rechtsfrage es vollkommen unmöglich machen würden, dass Oberflächenfundaufsammlungen der Bewilligungspflicht des § 11 Abs. 1 DMSG unterliegen könnten und daher der bekämpfte Bescheid in seiner Gesamtheit aufzuheben sei. Zusätzlich führte ich zahlreiche weitere, verfassungsrechtliche Argumente aus, weshalb der Bescheid verfassungswidrig und daher auch deshalb gesamtheitlich aufzuheben sei; und zusätzlich für den Fall, dass das BVwG die Bewilligungspflicht des § 11 Abs. 1 DMSG auch für meine Handlungen anwendbar hielte, weitere Argumente, weshalb die erteilten Bescheidaufgaben mich rechts- und verfassungswidrig beschweren würden und daher aufzuheben seien.

In seinem Erkenntnis vom 11.9.2017, W183 2168814-1/2E, schloss sich jedoch der BVwG (durch die als Einzelrichterin fungierende, in archäologisch-denkmalschützerischen Kreisen in Österreich wohlbekannte, MMag.Dr. Erika Pieler) bereits meinem ersten Argument vollinhaltlich an. Es hob daher den bekämpften Bescheid des BDA vom 13.6.2017, BDA-61408.obj/0001-ARCHÄO/2017, in seiner Gesamtheit auf und entschied zur Verfahrensbeschleunigung und wegen vollständiger Eindeutigkeit der Rechtslage in der Sache selbst; d.h. wies meinen Antrag vom 9.4.2017 auf Erteilung einer Bewilligung gem. § 11 Abs. 1 DMSG für die Durchführung eines „Surveys“ zur Entdeckung und Untersuchung von Oberflächenfunden wegen Unzuständigkeit der Behörde(n) zurück; ganz wie ich es

vom BDA in meinem Begleitschreiben vom 9.4.2017 auch gefordert hatte. Die vollständigen relevanten Unterlagen zu diesem Fall können auf meiner Academia.edu-Webseite eingesehen werden.

Aus dieser Erkenntnis des BVwG folgt, dass nicht nur hinkünftig, sondern vielmehr schon immer, alle Bescheide gem. § 11 Abs. 1 DMSG, die das BDA für „Begehungen“ (und auch „archäologisch-topografische Vermessungen“; BDA 2016, 11-12) erteilt hat, inklusive aller mit ihnen verbundenen Auflagen rechtswidrig ergangen sind; d.h. in ihrer Gesamtheit mit dem Mangel der Nichtigkeit behaftet sind. „Begehungen“ zur reinen Inaugenscheinnahme der Landschaft und zur Aufsammlung von Oberflächenfunden unterliegen der Bewilligungspflicht des § 11 Abs. 1 DMSG nicht und haben ihr auch niemals unterlegen, egal was das BDA in den vergangenen Jahren zu dieser Frage behauptet hat. Die Rechtsabteilung des BDA, die die Richtlinien insgesamt als rechtlich korrekt abgesegnet hat, hat scheinbar bei ihrer Durchsicht der jeweiligen Textentwürfe die relevanten Gesetze nicht berücksichtigt, weil eben die Rechtslage eindeutig ist und auch schon seit 1985 eindeutig geklärt war.

Das ist alles schon dramatisch genug: immerhin hat die für ‚uns ArchäologInnen‘ zuständige Bundesverwaltungsbehörde nun seit Jahren Bescheide erteilt, zu deren Erteilung sie gar nicht gesetzlich ermächtigt war, und uns in diesen auch (teilweise sogar kostenintensive) Auflagen erteilt, die sie uns gar nicht erteilen hätte dürfen. Tatsächlich hat das BDA, laut persönlicher Korrespondenz mit HR Hebert, unmittelbar die Erteilung von Bescheiden für Oberflächenfundaufsammlungen eingestellt und an einer entsprechenden Änderung der Richtlinien wird bereits gearbeitet. Die mit 1.1.2018 "in Kraft getretenen" Richtlinien des BDA (2018) können diese Überarbeitung allerdings noch nicht sein, denn in diesen ist weder das soeben diskutierte Erkenntnis des BVwG noch das noch deutlich wichtigere Erkenntnis des VwGH vom 23.2.2017 ausreichend berücksichtigt.

## Verwaltungsgerichtshof vom 23.2.2017, Ro 2016/09/0008

Noch weit dramatischer ist allerdings das Erkenntnis des VwGH vom 23.2.2017, Ro 2016/09/0008. Sowohl der Entscheidungstext in diesem Fall, als auch drei daraus abgeleitete Rechtssätze, können im Rechtsinformationssystem des Bundeskanzleramtes (<https://www.ris.bka.gv.at/Vwgh/>) eingesehen werden.

Dieses Erkenntnis bezieht sich auf einen Fall, in dem ein interessierter Bürger ohne Bewilligung des BDA gem. § 11 Abs. 1 DMSG Grabungen zur Gewinnung von Bodenproben für naturwissenschaftliche Untersuchungen in einer eventuell mit prähistorischem Kupferbergbau in der Steiermark in Verbindung stehenden, mutmaßlichen Abraumhalde durchgeführt hatte und dafür vom BDA bei der zuständigen Strafverfolgungsbehörde angezeigt worden war. Der Beschuldigte wurde in der ersten Instanz zu einer Geldstrafe in Höhe von € 1.000 verurteilt, wogegen er Beschwerde beim Landesverwaltungsgericht Steiermark einlegte. Das Landesverwaltungsgericht hob der Argumentation des Beschwerdeführers folgend die Strafe mit der Begründung auf, bei einer Abraumhalde handle es sich nicht um einen von Menschen geschaffenen Gegenstand und daher auch um kein Denkmal iSd § 1 Abs. 1 DMSG. Diese Aufhebung durch die zweite Instanz focht die erste Instanz an und der VwGH hob nun seinerseits in seiner Erkenntnis vom 23.2.2017, Ro 2016/09/0008 die Entscheidung der zweiten Instanz auf und verwies den Fall zur neuerlichen Beurteilung an diese zurück. Die Begründung für diese Aufhebung ist im Wesentlichen, dass die zweite Instanz in offenkundig unrichtiger Weise die betroffene Abraumhalde als ‚natürliche‘ Bodenformation betrachtet hatte, während es sich dabei fraglos um eine künstlich errichtete oder gestaltete Bodenformation handle, die daher sehr wohl ein Denkmal iSd Definition des § 1 Abs. 1 DMSG sein könnte.



Weil ebenfalls relevant, befasste sich der VwGH in seiner Erkenntnisbegründung aber auch mit der Frage, auf welche Handlungen die Bewilligungspflicht des § 11 Abs. 1 DMSG überhaupt anwendbar sei und hob dazu sogar zwei wesentliche Passagen aus dem Entscheidungstext als Rechtssätze hervor, die hier der Vollständigkeit halber auch in ihrem gesamten Wortlaut zitiert werden sollen. Der erste dieser Rechtssätze befasst sich allgemein mit der Frage, welche Voraussetzungen gegeben sein müssen, damit die Bewilligungspflicht des § 11 Abs. 1 DMSG überhaupt zur Anwendung gebracht werden kann:

*„Die in § 11 DMSG 1923 normierte Bewilligungspflicht für Nachforschungen durch Veränderung der Erdoberfläche ist systematisch in den zweiten Abschnitt des DMSG 1923 eingegliedert, der Bestimmungen zum "Schutz vor Zerstörung oder Veränderung" beinhaltet. Sie ist an die Voraussetzung geknüpft, dass die Nachforschung durch Veränderung der Erdoberfläche bzw. des Grundes unter Wasser (Grabung) "zum Zwecke der Entdeckung und Untersuchung beweglicher und unbeweglicher Denkmale" unter der Erd- bzw. Wasseroberfläche erfolgt, das bedeutet, dass entweder ein Denkmal bereits vorhanden sein muss (und untersucht) oder ein solches entdeckt werden soll.“ (VwGH vom 23.2.2017, Ro 2016/09/0008, 3).*

Der zweite Rechtssatz betrachtet hingegen genauer, nach welchem objektivierenden Maßstab die Zweckverfolgung iSd § 11 Abs. 1 DMSG zu beurteilen ist. Dieser lautet:

*„Es bedarf eines (objektivierenden) Beurteilungsmaßstabes für die Zweckverfolgung iSd § 11 Abs. 1 DMSG 1923, dem auch für den bei Zuwiderhandeln daran anknüpfenden Verwaltungsstraftatbestand nach § 37 Abs. 2 Z 2 DMSG 1923 Bedeutung zukommt. Der Begriff "Zweck" bedeutet nach dem allgemeinen Sprachgebrauch etwas, was jemand mit einer Handlung beabsichtigt zu bewirken, zu erreichen sucht. Damit scheint primär auf die (subjektive) Intention des Handelnden abgestellt zu werden, also auf den Grund, der von ihm dazu genannt wird. Bei teleologischer, an der Zielsetzung des Denkmalschutzes orientierter Interpretation der Formulierung "Zweck des Entdeckens und der Untersuchung" in § 11 Abs. 1 DMSG 1923 ist zur Objektivierbarkeit und damit Überprüfbarkeit dieser Intention aber ein Kriterium dazu darin zu sehen, ob objektive Anhaltspunkte für das Vorhandensein von Denkmalen im Untergrund vorliegen, die einerseits berechnigte Gründe für die Annahme der Willensbildung des Grabenden in Richtung beabsichtigter Untersuchung oder Entdeckung darstellen können und andererseits (bei Heranziehung eines objektiven Betrachtungsmaßstabes) begründete Zweifel an einer gegenteiligen Behauptung des Grabenden erzeugen würden. **Es kann dem Gesetzgeber nämlich nicht zugesonnen werden, dass er mit der gewählten Formulierung allein auf die subjektiven Beweggründe seitens des Grabenden abstellen und eine Überprüfbarkeit nach objektiven Gesichtspunkten ausschließen wollte.** Diese für eine ex ante vorzunehmende Beurteilung konkreten Anhaltspunkte wären bei einer beabsichtigten Untersuchung schon evident dadurch gegeben, wenn das Vorhandensein des im Untergrund befindlichen Denkmals dem Betroffenen bekannt ist. Ansonsten und **bei einer bezweckten Entdeckung muss eine konkrete Vermutung oder Wahrscheinlichkeit für ein Vorhandensein bzw. Auffinden denkmalschutzrelevanter Gegenstände gegeben sein; Anhaltspunkte dafür können zB wissenschaftliche Befunde und Gutachten geeigneter Sachverständiger oder andere allgemein zugängliche Quellen bzw. auch ein laufendes Unterschutzstellungsverfahren sein.** Die geschichtliche, künstlerische und kulturelle Bedeutung iSv § 1 Abs. 1 DMSG 1923 ergibt sich dabei aus der in der Fachwelt vorherrschenden Wertschätzung. **Unabdingbare Voraussetzung für die Anwendung des DMSG 1923 ist, dass ein Denkmal vorliegt (§ 1 Abs. 1 DMSG 1923) bzw. im Falle des § 11 Abs. 1 DMSG 1923, dass zumindest Bodenfunde vermutet werden.“** (VwGH vom 23.2.2017, Ro 2016/09/0008, 3-4, Hervorhebungen: RK).*

Das ist, auch wenn es auf den ersten Blick vielleicht nicht so erscheinen mag, ganz maßgeblich. Es bedeutet nämlich, dass es nicht ausreicht, bei der Beurteilung der Frage, ob die Bewilligungspflicht des § 11 Abs. 1 DMSG für eine konkrete Nachforschungshandlung zur Anwendung gebracht werden kann, ausschließlich darauf abzustellen, ob der Nachforschende die Nachforschungen an Ort und Stelle durchführt und damit die Entdeckung irgendwelcher Bodenfunde bezweckt (oder deren Entdeckung sogar nur billigend in Kauf nimmt), wie das BDA das bisher getan hat. Vielmehr muss es zusätzlich dazu – weil der Zweck des DMSG in seinem § 1 Abs. 1 als der Schutz von „besonders“ bedeutenden Denkmalen bestimmt wird, deren Erhaltung dieser Bedeutung wegen im öffentlichen Interesse gelegen ist – auch konkrete Hinweise darauf geben, dass dort, wo die Nachforschungen durchgeführt werden, tatsächlich wenigstens mit dem Vorhandensein bzw. dem Auffinden von denkmalschutzrelevanten Gegenständen durch die Nachforschungshandlungen zu rechnen ist.

Zwar ist dieses Erkenntnis des VwGH nicht ganz so eindeutig wie das weiter oben besprochene des BVwG zur Nichtanwendbarkeit der Bewilligungspflicht des § 11 Abs. 1 DMSG auf „Surveys“ zur Aufsammlung von Oberflächenfunden, sondern lässt einen gewissen Interpretationsspielraum; nämlich dadurch, dass es die Frage, was denn nun genau als „konkrete Hinweise“ auf das wahrscheinliche Vorkommen von „denkmalschutzrelevanten Gegenständen“ zu verstehen ist, einigermaßen offen lässt. Dennoch, selbst bei der ‚archäologiefreundlichsten‘ möglichen Interpretation dieses Erkenntnis ist klar, dass der Anwendungsbereich des § 11 Abs. 1 DMSG dadurch im Vergleich zur bisherigen Auslegung durch das BDA massiv eingeschränkt wird.

### Die ‚archäologiefreundliche‘ Interpretation des Erkenntnis

Die ‚archäologiefreundlichste‘ mögliche Interpretation dieses Erkenntnis ist, dass – im Sinne des letzten Halbsatzes des zweiten zitierten Rechtssatzes – bezüglich der zu untersuchenden Bodenfläche bekanntermaßen Hinweise auf das Vorkommen von Bodenfunden vorliegen müssen, um die Anwendbarkeit der Bestimmungen des § 11 Abs. 1 DMSG auszulösen. Die exemplarische Aufzählung im zitierten Rechtssatz, was solche Anhaltspunkte sein können, impliziert allerdings, dass diese Hinweise auch allgemein bekannt und vor allem allgemein zugänglich, d.h. veröffentlicht, sein müssen; das bloße, oberflächlich erkennbare Vorkommen z.B. von Streufunden, Bodenformationen etc. noch nicht wissenschaftlich sachverständig bestimmter Art an Ort und Stelle allein also nicht ausreicht, um dort geplante Nachforschungen der Bewilligungspflicht des § 11 Abs. 1 DMSG zu unterwerfen.

Daraus lässt sich ableiten, dass es, damit eine geplante archäologische Nachforschung auf einer konkreten Bodenfläche der Bewilligungspflicht des § 11 Abs. 1 DMSG überhaupt unterworfen werden kann, absolute Mindestvoraussetzung ist, dass wenigstens bereits eine Fundmeldung über auf dieser Bodenfläche getätigte Bodenfunde in den *Fundberichten aus Österreich* oder besser einer leichter als diese allgemein zugänglichen, fachwissenschaftlichen Quelle veröffentlicht wurde. Das würde bedeuten, dass die Bewilligungspflicht des § 11 Abs. 1 DMSG höchstens auf archäologische Grabungen und sonstige Nachforschungen auf jenen ca. 52.000 archäologischen Fundstellen angewendet werden kann, die im Fundstellenkataster des BDA verzeichnet sind; selbstverständlich vorausgesetzt, dass – wie vermutlich für die überwältigende Mehrheit dieser Fundstellen der Fall – bereits wenigstens ein Fundbericht über sie in den FÖ veröffentlicht wurde.

Geht man davon aus, dass eine solche Fundstelle eine Fläche von durchschnittlich ca. 1 Hektar einnimmt, lässt sich daraus hochrechnen, dass eine Bewilligung gem. § 11 Abs. 1 DMSG für Nachforschungen auf gerade einmal 0,6% der Bodenfläche der Republik Österreich erforderlich sind, während auf den verbleibenden 99,4% archäologische Ausgrabungen und sonstige Nachforschungen bewilligungsfrei erlaubt sind. Man bedenke hier: dies ist die ‚archäologiefreundlichste‘ mögliche Interpretation dieses Erkenntnis des VwGH.

## Die wahrscheinlicher zutreffende Interpretation des Erkenntnis

Es ist allerdings wahrscheinlicher, dass dieser Rechtssatz weit ‚archäologieunfreundlicher‘ zu interpretieren ist, als ich das soeben getan habe. Denn dafür sprechen gleich mehrere, gewichtige Gründe.

### § 1 Abs. 1 DMSG

Der erste und vielleicht wichtigste davon ist, dass der VwGH selbst seiner Erkenntnis eine teleologische, d.h. auf die Zielsetzung des DMSG ausgerichtete, Betrachtung der Bestimmungen des § 1 Abs. 1 DMSG zugrundelegt. Ziel und Anwendungsbereich des DMSG werden in seinem § 1 Abs. 1 DMSG bestimmt, der hier zur Erinnerung vollständig zitiert wird:

*„Die in diesem Bundesgesetz enthaltenen Bestimmungen finden auf von Menschen geschaffene unbewegliche und bewegliche Gegenstände (einschließlich Überresten und Spuren gestaltender menschlicher Bearbeitung sowie künstlich errichteter oder gestalteter Bodenformationen) von geschichtlicher, künstlerischer oder sonstiger kultureller Bedeutung („Denkmale“) Anwendung, wenn ihre Erhaltung dieser Bedeutung wegen im öffentlichen Interesse gelegen ist. Diese Bedeutung kann den Gegenständen für sich allein zukommen, aber auch aus der Beziehung oder Lage zu anderen Gegenständen entstehen. „Erhaltung“ bedeutet Bewahrung vor Zerstörung, Veränderung oder Verbringung ins Ausland.“ (§ 1 Abs. 1 DMSG, Hervorhebung: RK).*

Ich habe mir erlaubt, in diesem Zitat jene wesentlichen Satzteile fett hervorzuheben, die den Anwendungsbereich des DMSG bestimmen, die wir ArchäologInnen jedoch gerne weglassen, wenn wir auf die Denkmalbegriffsdefinition dieses Paragraphen verweisen. Ziel des DMSG ist es eben nicht, alle Denkmale im Sinne der in § 1 Abs. 1 DMSG ausgeführten Begriffsdefinition zu erhalten, sondern vielmehr, nur solche Denkmale zu erhalten, denen solche „besondere“ geschichtliche, künstlerische oder sonstige Bedeutung zukommt, dass dieser Bedeutung wegen auch tatsächlich ein öffentliches Interesse an ihrer Erhaltung besteht.

Ein solches öffentliches Erhaltungsinteresse besteht aber gem. § 1 Abs. 2 DMSG nur dann, *„wenn es sich bei dem Denkmal aus überregionaler oder vorerst auch nur regionaler (lokaler) Sicht um Kulturgut handelt, dessen Verlust eine Beeinträchtigung des österreichischen Kulturgutbestandes in seiner Gesamtsicht hinsichtlich Qualität sowie ausreichender Vielzahl, Vielfalt und Verteilung bedeuten würde“* (§ 1 Abs. 2 DMSG). Rechtswirksam wird dieses öffentliche Interesse allerdings gem. § 1 Abs. 4 DMSG erst durch Unterschutzstellung gem. §§ 2, 2a oder 3 (bzw. 9 Abs. 3) DMSG.

Die Unterschutzstellung – die eigentlich überhaupt erst die Anwendbarkeit aller anderen Bestimmungen des DMSG auslöst – wiederum imaginiert der Gesetzgeber ganz bewusst als selektiven Prozess. Dies wird auch in der Regierungsvorlage zum DMSG idF BGBl. I 170/1999 ganz explizit erläutert: *„Das Denkmalschutzgesetz ging von vornherein von einer klaren Beschränkung durch wissenschaftlich überlegte Auswahl aus. Nur in dieser Beschränkung kann der Denkmalschutz auch jene Effizienz entfalten, deren er bei einer zu großen Anzahl von Unterschutzstellungen verlustig gehen würde.“* (RV 1999, 39).

Eine solche wissenschaftlich überlegte Auswahl setzt nun aber wiederum voraus, dass die Denkmale, auf die Bestimmungen des DMSG angewendet werden sollen, zuvor auch tatsächlich wissenschaftlich beurteilt wurden. Darauf stellt nun der VwGH in seinem Erkenntnis ab: er nennt eben als Beispiele für konkrete Hinweise darauf, dass *denkmalschutzrelevante* Gegenstände am Ort der geplanten Nachforschung vorhanden sein bzw. dabei aufgefunden werden dürften, *„wissenschaftliche Befunde und Gutachten geeigneter Sachverständiger oder andere allgemein zugängliche Quellen bzw. auch ein*



*laufendes Unterschutzstellungsverfahren*“ (VwGH vom 23.2.2017, Ro 2016/09/0008, 4); d.h. die in der wissenschaftlichen Fachwelt vorherrschende Wertschätzung potentiell denkmalschutzrelevanter Gegenstände darstellenden, besonderen Sachverstand erfordernden, Tatsachenfeststellungen, die als Sachverständigenbeweis die Feststellung des für eine denkmalschutzrechtliche Entscheidung relevanten Sachverhalts gestatten (Bazil et al. 2015, 22-23).

Genau diese Beurteilung kann aber der Durchschnittsbürger gerade nicht vornehmen, weil ihm der dafür erforderliche, besondere (wissenschaftliche) Sachverstand fehlt. Der Durchschnittsbürger kann daher nicht selbstständig feststellen, ob es sich bei an Ort und Stelle oberflächlich herumliegenden Streufunden bzw. obertägig erkennbaren Bodenformationen um Denkmale iSd § 1 Abs. 1 DMSG handelt, an deren Erhaltung ihrer „besonderen“ Bedeutung wegen ein öffentliches Interesse besteht. Damit kann der Durchschnittsbürger aber auch nur dann wissen, dass er die Bestimmungen des § 11 Abs. 1 DMSG bei von ihm geplanten archäologischen Grabungen oder sonstigen Nachforschungen an Ort und Stelle beachten muss, wenn er allgemein zugänglichen, mit dem erforderlichen besonderen Sachverstand erstellten, Gutachten oder anderen Quellen vergleichbarer Art entnehmen kann, dass die in der Fachwelt vorherrschende Wertschätzung der an seinem geplanten Nachforschungsort wenigstens wahrscheinlich vorkommenden archäologischen Denkmale derart beschaffen ist, dass deren Erhaltung vermutlich im öffentlichen Interesse gelegen sein dürfte.

Schon das würde ausschließen, dass das Vorkommen von irgendwelchen Streufunden oder möglicherweise von Menschen geschaffenen oder gestalteten Bodenformationen an Ort und Stelle ausreicht, um die erforderliche „konkrete Vermutung“ (VwGH vom 23.2.2017, Ro 2016/09/0008, 4) zu begründen, dass dort denkmalschutzrelevante Gegenstände vorhanden sind bzw. aufgefunden werden dürften. Vielmehr wäre bei einer solchen strikteren Interpretation dieses Erkenntnis Mindestvoraussetzung für die Anwendbarkeit der Bestimmungen des § 11 Abs. 1 DMSG das Vorliegen veröffentlichter Gutachten bzw. anderer Quellen vergleichbarer Qualität, die zum Schluss kommen, dass an dem betreffenden Ort tatsächlich mutmaßlich derart bedeutende Denkmale vorkommen dürften, dass ein öffentliches Erhaltungsinteresse bestehen dürfte.

#### § 37 Abs. 6 DMSG

Der zweite Grund, der eine derartige, engere Auslegung des diskutierten Erkenntnis unterstützt, findet sich in § 37 Abs. 6 DMSG, d.h. in der Bestimmung, dass ein bereits laufendes Strafverfahren für Verstöße gegen denkmalschutzrechtliche Bestimmungen (inklusive der für Sachbeschädigung des § 126 Abs. 1 Z 3 StGB; siehe Bazil et al. 2015, 112) einzustellen ist, wenn das BDA eine nachträgliche Bewilligung erteilt oder bescheidmäßig feststellt, dass ein öffentliches Interesse an der Erhaltung eines Denkmals nicht besteht oder bestanden hat. Zwar betrachtet der Kommentar diese Bestimmung als rechtspolitisch verfehlt (Bazil et al. 2015, 112). Im Sinne der teleologischen Betrachtung des DMSG, die der VwGH seinem hier diskutierten Erkenntnis zugrundelegt, ist sie jedoch – wenigstens was die Einstellung des Strafverfahrens bei Feststellung der Tatsache betrifft, dass an der Erhaltung des Denkmals kein öffentliches Interesse besteht oder bestanden hat – sehr gut verständlich und auch rechtspolitisch keineswegs verfehlt. Sie zeigt nämlich besonders deutlich den Willen des Gesetzgebers, dass alle Bestimmungen des DMSG – inklusive seiner Strafbestimmungen – nur unter der Voraussetzung zur Anwendung gebracht werden können, dass es sich bei dem betroffenen Gegenstand um ein derart bedeutendes Denkmal handelt, dass an seiner Erhaltung tatsächlich ein öffentliches Interesse besteht oder bestanden hat.

Geht man nämlich davon aus, dass z.B. die archäologische Nachforschungsbewilligungspflicht des § 11 Abs. 1 DMSG überhaupt nur dann besteht, wenn die betroffene Nachforschungshandlung auf die Entdeckung und Untersuchung eines Denkmals ausgerichtet ist, an dessen möglichst unveränderter

Erhaltung ein öffentliches Interesse besteht, ist völlig klar, dass eine Nachforschungshandlung, durch die kein solches Denkmal betroffen war, auch nicht gem. § 37 Abs. 2 Z 2 DMSG strafbar sein kann. Unter dieser Voraussetzung folgt nämlich zwingend aus einer bescheidmäßigen Feststellung des BDA, dass an der Erhaltung des von dieser konkreten Nachforschung betroffenen Denkmals kein öffentliches Interesse besteht bzw. – noch wichtiger – zum Zeitpunkt ihrer Durchführung bestanden hat, dass die betreffende Nachforschung überhaupt nicht gem. § 11 Abs. 1 DMSG genehmigungspflichtig gewesen ist; ihre Durchführung daher auch keine Zuwiderhandlung gegen die Bewilligungspflicht des § 11 Abs. 1 DMSG dargestellt haben kann; und daher selbstverständlich ein allfälliges, bereits (irrtümlich) ihretwegen begonnenes, Strafverfahren einzustellen ist.

Nun setzt allerdings die bescheidmäßige Feststellung des BDA, ob an der Erhaltung eines ganz bestimmten Denkmals ein öffentliches Interesse besteht, jedenfalls voraus, dass – sei es durch ein Amts- oder sonstiges Gutachten – die in der Fachwelt vorherrschende Wertschätzung des betroffenen Denkmals festgestellt wurde (Bazil et al. 2015, 22-23). Ohne einen derartigen Sachverständigenbeweis lässt sich der entscheidungswesentliche Sachverhalt gar nicht ermitteln und daher auch keine (und schon gar keine bescheidmäßige) Entscheidung darüber treffen, ob an seiner Erhaltung ein öffentliches Interesse besteht oder nicht besteht. Das bloße Vorkommen von irgendwelchen Streufunden oder möglicherweise von Menschen geschaffenen oder gestalteten Bodenformationen an Ort und Stelle, deren Vorhandensein auch jeder Durchschnittsbürger erkennen kann, genügt dafür jedenfalls nicht; sondern es bedarf dafür eben der Ermittlung der geschichtlichen, künstlerischen oder sonstigen kulturellen Bedeutung der dort vorkommenden Gegenstände, die die ausschließliche Grundlage des öffentlichen Interesses an seiner Erhaltung ist (Bazil et al. 2015, 17-18), wofür es aber des besonderen Sachverständes von Fachleuten bedarf.

Auch daher ist also davon auszugehen, dass eine ‚archäologiefreundliche‘ Auslegung des oben zitierten Rechtssatzes des VwGH, dass schon das bloße Vorkommen irgendwelcher Bodenfunde an Ort und Stelle zur Auslösung der Bewilligungspflicht des § 11 Abs. 1 DMSG ausreicht, eigentlich nicht möglich ist; sondern eine weit engere Interpretation zu wählen ist.

#### § 1 Abs. 5 DMSG

Der dritte Grund schließlich sind die Bestimmungen des § 1 Abs. 5 DMSG über die Möglichkeit zur – und sei es auch nur zeitmäßig begrenzten – Unterschutzstellung noch nicht ausreichend erforschter Denkmale bei – auf Grund des wissenschaftlichen Erkenntnisstandes – bestehender Wahrscheinlichkeit, dass die für die Unterschutzstellung erforderlichen Fakten gegeben sind, wenn deren Erhaltung andernfalls gefährdet ist. Diese Bestimmung wird ja explizit im Gesetzestext besonders mit noch nicht ausgegrabenen Bodendenkmalen in Verbindung gebracht und ist der müde Rest der ‚österreichischen Lösung‘ für die in der Valletta- (und ihr vorhergehenden Londoner) Konvention geforderte Einführung von „Grabungsschutz-“ bzw. „Fundhoffungsgebieten“ (Art. 2.ii und 4.i; Europarat 1992, 2-3; cf. RV 1990, 10-12). Gerade weil diese Bestimmung insbesondere auf noch nicht ausgegrabene Bodendenkmale abstellt, ist sie im hier besprochenen Kontext von besonderer Relevanz.

Diese Bestimmung stellt aber nun – nicht anders als der zuletzt zitierte Rechtssatz des VwGH – auf wenigstens das Bestehen der Wahrscheinlichkeit des Vorliegens bestimmter Tatsachen bzw. Fakten ab, eben der für eine – wenigstens zeitlich befristete – Unterschutzstellung erforderlichen Fakten. Genau diese sind aber wiederum durch die auch vom VwGH in seinem Erkenntnis als Beispiele für konkrete Hinweise auf das Vorliegen denkmalschutzrelevanter Gegenstände genannten sachverständigen Gutachten, z.B. in einem laufenden Unterschutzstellungsverfahren, zu ermitteln.

Das macht es nachgerade unvorstellbar, dass der VwGH in seinem hier besprochenen Erkenntnis davon ausgegangen ist, dass bereits das bloße Vorkommen von z.B. wissenschaftlich unbestimmten Streufunden oder möglicherweise von Menschen geschaffenen oder gestalteten Bodenformationen an Ort und Stelle ausreichen würde, um die dafür erforderliche konkrete Vermutung zu begründen, dass dort denkmalschutzrelevante Gegenstände vorkommen bzw. bei dort durchgeführten Nachforschungen entdeckt werden würden, die die Bewilligungspflicht des § 11 Abs. 1 DMSG für archäologische Nachforschungen an diesem Ort auslösen würde. Vielmehr muss auch aus diesem Grund davon ausgegangen werden, dass nach Ansicht des VwGH tatsächlich veröffentlichte Fachgutachten oder wenigstens solchen vergleichbare veröffentlichte wissenschaftliche Bewertungen vorliegen, die es wahrscheinlich erscheinen lassen, dass am Ort der (geplanten) Nachforschung tatsächlich archäologische Bodenfunde vorkommen, deren Bedeutung derart beschaffen ist, dass ihre Unterschutzstellung gemäß der Bestimmungen des § 1 Abs. 5 DMSG wenigstens theoretisch möglich wäre.

Diese Sichtweise wäre auch vollkommen konsistent mit dem offenkundig erkennbaren und auch in der RV (1990, 10-12) explizierten Sinn der Bestimmungen des § 1 Abs. 5 DMSG. Dieser ist es schließlich, „Fundhoffungsgebiete“, also Bodenflächen, bezüglich derer *eine konkrete Vermutung bzw. die Wahrscheinlichkeit besteht*, dass auf ihnen archäologische Denkmale vorkommen, den (archäologischen und sonstigen) Schutzbestimmungen des DMSG zu unterwerfen, obwohl ihre tatsächliche Bedeutung auf Grund ihrer noch nicht ausreichenden Erforschung (insbesondere durch Ausgrabungen) noch nicht abschließend beurteilt werden kann.

#### Was folgt derzeit de facto aus dieser Interpretation?

Zusammen betrachtet, machen es diese Gründe also enorm wahrscheinlich, dass das Erkenntnis des VwGH vom 23.2.2017, Ro 2016/09/0008, nicht so ‚archäologiefreundlich‘ wie zuerst ausgeführt, sondern weit strikter und enger zu interpretieren ist. Daraus würde folgen, dass es, damit eine geplante archäologische Nachforschung auf einer konkreten Bodenfläche der Bewilligungspflicht des § 11 Abs. 1 DMSG überhaupt unterworfen werden kann, absolute Mindestvoraussetzung ist, dass diese Bodenfläche entweder schon gem. §§ 2a, 3 bzw. 9 Abs. 3 DMSG – und sei es nur zeitweilig gem. der Bestimmungen des § 1 Abs. 5 DMSG – unter Denkmalschutz gestellt wurde; oder aber ein diesbezügliches Unterschutzstellungsverfahren schon am Laufen ist; oder wenigstens schon ein veröffentlichtes Fachgutachten (oder eine vergleichbare wissenschaftliche Bewertung) zur wahrscheinlichen Bedeutung der auf dieser Bodenfläche wahrscheinlich vorkommenden archäologischen Denkmale vorliegt, das zum Schluss kommt, dass an deren Erhaltung ein öffentliches Interesse bestehen dürfte.

Legt man das hier diskutierte Erkenntnis des VwGH – wie man wahrscheinlich muss – auf diese Art aus, würde das derzeit de facto bedeuten, dass die Bewilligungspflicht des § 11 Abs. 1 DMSG praktisch ausschließlich auf archäologische Nachforschungen auf bereits gem. §§ 2a, 3 bzw. 9 Abs. 3 DMSG unter Denkmalschutz gestellte und vielleicht noch eine Handvoll weitere archäologische Denkmale anzuwenden ist, bezüglich derer ein Unterschutzstellungsverfahren bereits am Laufen ist. Denn allgemein zugängliche Fachgutachten über die geschichtliche, künstlerische oder sonstige kulturelle Bedeutung anderer archäologischer Denkmale fehlen derzeit praktisch gänzlich. Das wiederum würde, wieder unter Annahme von durchschnittlich ca. 1 Hektar Fläche jedes Denkmals, das diese Voraussetzungen erfüllt und auf dem somit archäologische Nachforschungen einer Bewilligung gem. § 11 Abs. 1 DMSG bedürfen, bedeuten, dass derzeit eine solche Bewilligung nur für archäologische Nachforschungen auf gerade einmal ca. 0,014% aller Bodenflächen in Österreich erforderlich ist, während auf den verbleibenden 99,986% aller Bodenflächen die Durchführung archäologischer Grabungen und sonstiger Nachforschungen jedermann gänzlich bewilligungsfrei erlaubt ist.

Aus archäologisch-denkmalspflegerischer Sicht ist das selbstverständlich dramatisch; aber leider aus rechtlicher Sicht höchstwahrscheinlich.

#### Ein kleiner Hoffnungsschimmer

Der einzige, winzig kleine Lichtschein der Hoffnung, den uns diese engere, aber weit wahrscheinlichere Interpretation des hier diskutierten Erkenntnis des VwGH vom 23.2.2017, Ro 2016/09/0008, lässt, ist der, dass der VwGH in ihm die Anwendbarkeit der Bewilligungspflicht des § 11 Abs. 1 DMSG nicht explizit auch de jure, sondern derzeit nur de facto, auf bereits geschützte oder in einem laufenden Unterschutzstellungsverfahren befindliche archäologische Denkmale beschränkt hat. Es kommen uns in diesem Kontext nämlich die in der Novelle des DMSG BGBl. I 170/1999 verwässerten Bestimmungen des § 1 Abs. 5 DMSG – wenigstens ein klein wenig – zu Hilfe.

Diese Bestimmungen machen es schließlich für eine – und sei es auch nur zeitweilige – Unterschutzstellung noch nicht ausreichend erforschter archäologischer Denkmale nicht nur zur Voraussetzung, dass das Vorliegen der *„für die Unterschutzstellung erforderlichen Fakten auf Grund des wissenschaftlichen Erkenntnisstandes wenigstens wahrscheinlich“* (§ 1 Abs. 5 DMSG) ist, sondern auch, dass *„die unversehrte Erhaltung der Denkmale andernfalls gefährdet wäre“* (§ 1 Abs. 5 DMSG). Damit kann der Fall eintreten, dass die erste Voraussetzung zwar durchaus erfüllt ist, die zweite jedoch nicht. Ein solches archäologisches Denkmal kann daher trotz des wahrscheinlichen Vorliegens eines öffentlichen Interesses an seiner Erhaltung dennoch nicht unter Denkmalschutz gestellt werden.

Nachdem das Erkenntnis des VwGH nun aber die Anwendbarkeit der Bestimmungen des § 11 Abs. 1 DMSG nicht explizit auf geschützte archäologische Denkmale und solche beschränkt, bezüglich derer ein Unterschutzstellungsverfahren bereits am Laufen ist, sondern dafür nur das Bestehen der Wahrscheinlichkeit verlangt, dass denkmalschutzrelevante, d.h. für eine Unterschutzstellung ausreichend besonders bedeutende, Gegenstände am Ort der Nachforschungen vorkommen oder aufgefunden werden würden, ergibt sich für uns ein gewisser Handlungsspielraum. Es genügt schließlich im Licht dieses Erkenntnis, dass bezüglich eines archäologischen Denkmals gutachterlich oder in vergleichbar qualitativer Weise seine für eine Unterschutzstellung wahrscheinlich ausreichende Bedeutung festgestellt und diese Tatsache auch allgemein zugänglich veröffentlicht wurde, um die Bewilligungspflicht des § 11 Abs. 1 DMSG auf archäologische Nachforschungen auf diesem Denkmal anwendbar zu machen; auch wenn es nicht unter Denkmalschutz gestellt werden kann oder wurde.

Durch die Erstellung und entsprechend einfach allgemein zugängliche Veröffentlichung derartiger Fachgutachten über die wahrscheinliche Bedeutung (noch) nicht unter Denkmalschutz gestellter archäologischer Denkmale, lässt sich also der Anwendungsbereich der Bewilligungspflicht des § 11 Abs. 1 DMSG über die bereits geschützten archäologischen Denkmale hinaus ausdehnen. Dabei versteht es sich natürlich von selbst, dass derartige Fachgutachten den Ansprüchen für Sachverständigengutachten in Unterschutzstellungsverfahren entsprechen (siehe dazu Bazil et al. 2015, 22-23). Es muss daher jedenfalls konkrete, wissenschaftlich begründete und nachvollziehbare, Tatsachenfeststellungen über die für das Bestehen eines öffentlichen Erhaltungsinteresses maßgeblichen Kriterien von Qualität sowie ausreichender Vielzahl, Vielfalt und Verteilung aus überregionaler oder vorerst auch nur regionaler (lokaler) Sicht des § 1 Abs. 2 DMSG enthalten (siehe dazu auch Bazil et al. 2015, 18-22, speziell 21 Randnummern 19-20).

Klar ist jedenfalls, dass, wenn man auf diesem Weg den Anwendungsbereich des § 11 Abs. 1 DMSG wieder über bereits geschützte archäologische Denkmale ausdehnen will, eine bedeutende gesamtfachliche Anstrengung erforderlich sein wird. Denn wenn man damit auch nur einen einigermaßen akzeptablen Anteil der nicht denkmalgeschützten archäologischen Denkmale in

Österreich wieder unter den Schutz des § 11 Abs. 1 DMSG vor Grabungen und sonstigen Nachforschungen an Ort und Stelle stellen will, reicht die Kapazität der ohnehin schon mit unzähligen anderen Denkmalschutzaufgaben überlasteten FachbeamtenInnen im BDA sicherlich nicht aus.

Nimmt man an, dass ein solches Gutachten zu verfassen im Durchschnitt einen Tag dauert – und das ist schon optimistisch geschätzt –, je eines pro bekannter, aber noch nicht geschützter, Fundstelle (also ca. 51.000 davon), zu verfassen ist – und das auch nur dafür, dass man vielleicht mit viel Glück ein Viertel davon wieder unter den Schutz des § 11 Abs. 1 DMSG bringt, weil ja bei weitem nicht jedes davon zum Schluss kommen kann, dass die darin besprochene Fundstelle wahrscheinlich von solcher Bedeutung ist, dass ihre Erhaltung im öffentlichen Interesse gelegen ist – und das Jahr etwa 220 Arbeitstage hat, kommt man auf wenigstens 232 Personenarbeitsjahre, die es braucht um diese Aufgabe zu bewältigen. Selbst der kleine Hoffnungsschimmer, den uns das hier besprochene Erkenntnis des VwGH lässt, mehr als nur die denkmalgeschützten Fundstellen auf diesem Weg der Bewilligungspflicht des § 11 Abs. 1 DMSG zu unterwerfen, gibt also nicht viel Grund zu Optimismus: um diese Aufgabe zu bewältigen wird es viele Jahrzehnte dauern.

## Schlussfolgerungen

Wie aus dem zuvor Gesagten deutlich geworden sein sollte, sind insbesondere die Konsequenzen, die sich aus dem zweiten hier diskutierten Erkenntnis, dem des VwGH vom 23.2.2017, Ro 2016/09/0008, für die archäologische Denkmalpflege in Bezug auf die Anwendbarkeit der Bewilligungspflicht des § 11 Abs. 1 DMSG auf Grabungen und andere archäologische Nachforschungen ergeben, absolut dramatisch.

De facto folgt derzeit aus diesem Erkenntnis, dass diese Bewilligungspflicht ausschließlich auf solche archäologischen Ausgrabungen und sonstige Nachforschungen an Ort und Stelle zum Zwecke der Entdeckung und Untersuchung von beweglichen und unbeweglichen Denkmälern unter der Erd- bzw. Wasseroberfläche zur Anwendung gebracht werden kann, die auf die Entdeckung und/oder Untersuchung von bereits gem. §§ 2a, 3 oder 9 Abs. 3 DMSG unter Denkmalschutz gestellten oder als Weltkulturerbe designierten oder solchen archäologischen Denkmälern, bezüglich derer gerade ein Unterschutzstellungsverfahren am Laufen ist, abzielen. Denn praktisch nur bezüglich dieser streng limitierten Zahl von archäologischen Denkmälern – derzeit wohl kaum wesentlich mehr als 1.100 – liegen die in dem hier besprochenen Erkenntnis des VwGH genannten Anhaltspunkte vor, d.h. wissenschaftliche Gutachten oder damit qualitativ vergleichbare sachverständige Bewertungen der in der Fachwelt vorherrschenden Wertschätzung der geschichtlichen, künstlerischen oder sonstigen kulturellen Bedeutung, welche die als unabdingbare Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Bestimmungen des § 11 Abs. 1 DMSG geforderte konkrete Vermutung zu begründen erlauben, dass am Ort der Durchführung der archäologischen Nachforschungen wahrscheinlich mit dem Vorhandensein bzw. der Auffindung denkmalschutzrelevanter Gegenstände zu rechnen ist.

Die de jure weiter bestehende Möglichkeit durch Abfassung und Veröffentlichung dementsprechender Fachgutachten das Bestehen einer eben solchen Wahrscheinlichkeit für das Vorhandensein bzw. die wahrscheinliche Auffindung denkmalschutzrelevanter Gegenstände auf noch nicht denkmalgeschützten archäologischen Fundstellen nachzuweisen und somit archäologische Nachforschungen auf diesen der Bewilligungspflicht des § 11 Abs. 1 DMSG unterwerfen zu können, bietet zwar einen kleinen Hoffnungsschimmer, hilft allerdings bei kurz- und mittelfristiger Betrachtung wenig. Nachdem Ressourcen für die Abfassung und geeignete Veröffentlichung solcher Gutachten bisher komplett fehlen und jedenfalls eine bedeutende Menge an archäologischer Arbeitszeit erfordern wird, kann dadurch bestenfalls langfristig – also über mehrere Jahrzehnte hinweg – ein



signifikanter Anteil der bereits bekannten archäologischen Fundstellen in Österreich wieder einer Grabungsgenehmigungspflicht unterworfen werden.

Das bedeutet natürlich nicht, dass bereits bekannte, noch nicht unter Denkmalschutz gestellte, und noch gänzlich unbekannte archäologische Denkmale gänzlich ohne Schutz durch das DMSG bleiben. Es bedeutet jedoch – wie das sicherlich vom Gesetzgeber 1923 und auch seither eigentlich gedacht und gewünscht war –, dass dieser Schutz nur aus den Bestimmungen für „Zufallsfunde“ der §§ 8 und 9 DMSG erwächst. Mit anderen und etwas brutaleren Worten ausgedrückt, bedeutet das, dass im Licht des hier besprochenen Erkenntnis des VwGH jeder nahezu überall in Österreich nach Herzenslust archäologische Ausgrabungen und sonstige Nachforschungen an Ort und Stelle zum Zwecke der Entdeckung von Bodenfunden und -befunden durchführen darf, ohne dafür einer vorherigen Bewilligung durch das BDA zu bedürfen.

Dafür muss der Nachforschende aber, sobald er irgendetwas entdeckt, was er als Gegenstand erkennt, der *„infolge seiner Lage, Form oder Beschaffenheit offenkundig den Beschränkungen dieses Bundesgesetzes unterliegen könnte“* (§ 8 Abs. 1 DMSG), dies dem BDA gem. § 8 DMSG melden; gem. § 9 Abs. 1 die Fundstelle bis zur Freigabe durch ein Organ des BDA oder dem Ablauf von fünf Werktagen unverändert belassen; gem. § 9 Abs. 2 bewegliche Fundgegenstände bei Bestehen der Gefahr ihres sonstigen Abhandenkommens in sicheren Gewahrsam nehmen; und alle aufgefundenen Bodendenkmale (d.h. auch unbewegliche Überreste und Spuren gestaltender menschlicher Bearbeitung sowie künstlich errichteter oder gestalteter Bodenformationen) stehen automatisch bis zum Abschluss aller erforderlichen Arbeiten an der Fundstelle durch das BDA oder längstens 6 Wochen ab Abgabe der Fundmeldung Kraft gesetzlicher Vermutung unter Denkmalschutz. Während dieser 6 Wochen kann das BDA dann in einem beschleunigten Unterschutzstellungsverfahren gem. § 9 Abs. 3 DMSG entscheiden, ob die entdeckten Bodendenkmale weiterhin – dann entsprechend der Rechtsfolgen für Unterschutzstellung gem. § 3 Abs. 1 DMSG – unter Denkmalschutz stehen oder nicht. Ob und inwieweit das praktikabel ist, vor allem mit einer Abteilung für Archäologie im BDA, der pro Bundesland gerade einmal ein universitär archäologisch ausgebildeter Mitarbeiter zur Verfügung steht, sei hier dahingestellt.

Die einzigen, die sich wirklich darüber freuen können, ist die Gemeinschaft der österreichischen MetallsucherInnen. Denn diese haben in der Mehrheit aller Fälle Recht gehabt und völlig rechtmäßig gehandelt, wenn sie ganz ohne Bewilligung gem. § 11 Abs. 1 DMSG durch das BDA ihrem Hobby auf nicht unter Denkmalschutz stehenden Bodenflächen nachgegangen sind. Trotz aller gegenteiligen Behauptungen und im Brustton der Überzeugung vorgebrachten Versicherungen des BDA, dass man für alle Grabungen und sonstigen Nachforschungen an Ort und Stelle zum Zwecke der Entdeckung von Bodendenkmalen und damit auch für Metallsuchen eine Grabungsgenehmigung brauche, egal wo diese stattfinden würden, braucht man diese tatsächlich praktisch nirgendwo; nicht für Metallsuchen und auch nicht für irgendwelche anderen Grabungen und Nachforschungen an Ort und Stelle. Die Rechtslage ist, wenigstens nach Ansicht des VwGH, nicht so, wie das BDA und wir ArchäologInnen als Zunft gerne gehabt hätten, sondern ist vielmehr de facto praktisch genauso wie in England und Wales: eine Grabungsgenehmigung braucht man nur, wenn man ein Denkmal ausgraben will, an dessen Erhaltung ein bereits bekanntermaßen festgestelltes öffentliches Interesse besteht.

## Die Lektionen aus diesem Super-GAU

Das alles ist umso problematischer, als es keineswegs so ist, als ob man das nicht wissen hätte können und – insbesondere im BDA, das jetzt seit wenigstens 26 Jahren, also dem Inkrafttreten der Novelle BGBl. 473/1990, diese gesetzliche Bestimmung weit über ihre Anwendbarkeitsgrenzen hinaus angewendet hat – auch wissen hätte müssen. Es ist nicht einmal so, dass es keine Stimmen gegeben

hätte, die davor gewarnt haben, dass man die Bestimmungen des § 11 Abs. 1 DMSG bei weitem nicht so weitreichend interpretieren und anwenden könne, wie sie von der zuständigen Bundesbehörde gehandhabt wurden; sondern der tatsächlich rechtmäßige Anwendungsbereich dieser Bestimmung praktisch ausschließlich auf bereits geschützte Denkmale beschränkt und daher dringlich Lobbying für eine Gesetzesänderung zur Verbesserung der geltenden Rechtslage notwendig sei (siehe dazu z.B. Karl 2016b, 7-11). Hätte man also wissen wollen, was wirklich Recht und was Unrecht ist, hätte man das auch durchaus wissen können.

Alles, was es dafür bedurft hätte, wäre gewesen, das DMSG tatsächlich genau zu lesen: wie oben gezeigt wurde, steht alles, was man wissen musste, damit man das Gesetz richtig verstehen und anwenden kann, im Gesetz selbst. Zwar hilft es zusätzlich, wenn man auch die Regierungsvorlagen (RV 1990; 1999) und die höchstgerichtliche Judikatur zu einschlägigen Rechtsfragen studiert; aber unbedingt notwendig ist das nicht, um verstehen zu können, was der Gesetzgeber auf welche Art erreichen wollte und welche Grenzen er der Anwendbarkeit für uns relevanter gesetzlicher Bestimmungen gesetzt hat.

Wir haben das bloß nicht getan, sondern stattdessen das Gesetz – noch dazu extrem selektiv – so gelesen und interpretiert, dass wir so tun konnten, als ob es, wenigstens grosso modo, das sagt, was wir gerne hören würden: dass alle archäologischen Hinterlassenschaften von den Bestimmungen des DMSG geschützt werden; insbesondere vor den ‚bösen Raubgräbern‘, die in schnöder Selbstbereicherungs- oder gieriger Privataneignungsabsicht den Wissensschatz stehlen wollen, der in diesen Hinterlassenschaften steckt, der unserer Ansicht nach theoretisch ‚der Allgemeinheit‘, aber praktisch uns gehören soll (Karl 2013). Um diesen jedwedes Zugriffsrecht auf ‚unseren Schatz‘ zu nehmen, haben wir sogar, wo es nicht gepasst hat, das Gesetz einfach in der administrativen Praxis passend gemacht (Karl 2016b, 7). Wo es zur Durchsetzung unseres Willens notwendig war, haben wir sogar für uns lästige, den Wirkungsbereich der unserem Willen entsprechenden Bestimmungen des DMSG massiv beschränkende, Nebensätze in Zitaten des Gesetzeswortlauts weggelassen, wie eben z.B. „unter der Erd- bzw. Wasseroberfläche“ (BDA 2016, 6). Grob vereinfacht gesagt: wir haben das Gesetz einfach so extrem ‚archäologiefreundlich‘ gelesen und interpretiert, wie es nur irgendwie, und sei es durch Manipulation des Gesetzestextes, möglich schien.

Wie wir nun aus den beiden hier diskutierten Erkenntnissen der Gerichte sehen, ist es für die Justiz aber letztendlich unerheblich, was wir gerne im DMSG stehen hätten. Es muss ihr sogar egal sein, weil es nicht ihre Aufgabe ist, unseren Willen bezüglich der archäologischen Denkmale durchzusetzen, sondern die tatsächlich geltenden Gesetze. Dass das dann zu ganz anderen Ergebnissen führt, als wir gerne hätten, liegt auch keineswegs daran, dass die RichterInnen die Bedeutung der Archäologie gar nicht richtig beurteilen können: man kann z.B. MMag. Dr. Pieler, die im ersten diskutierten Fall als Einzelrichterin entschieden und nicht nur ein Jus-, sondern auch ein Archäologiestudium abgeschlossen hat, sicherlich nicht vorwerfen, dass sie archäologisch unverständlich ist. Es liegt vielmehr daran, dass wir nicht verstanden haben bzw. nicht akzeptieren wollen, dass das DMSG nicht das sagt, was; und auch nicht so interpretiert werden kann, wie wir das wollen; sondern etwas deutlich Anderes, ob uns das nun gefällt oder nicht.

Wollen wir uns nicht dauerhaft dem Risiko aussetzen, von den Gerichten auf den Boden der bitteren Wirklichkeit zurückgeholt zu werden; wenigstens aus unserer Sicht zumeist zum Schaden der Archäologie; dann müssen wir lernen und auch tatsächlich damit beginnen die geltenden Gesetze so zu lesen und interpretieren, wie sie gemeint und anzuwenden sind; nicht nur ständig das in sie hineinzupinterpretieren versuchen, von dem wir gerne hätten, dass es in ihnen steht. Das macht es erforderlich, die Gesetzestexte nicht selektiv so zu lesen, wie es uns passt; d.h. sie nicht besonders

‚archäologiefreundlich‘ zu lesen; sondern, ganz im Gegenteil, sie vollständig und möglichst ‚archäologieunfreundlich‘ zu lesen und interpretieren.

Denn erst, wenn man die geltenden Gesetze – und übrigens auch Erkenntnisse der Gerichte wie die hier diskutierten – möglichst zu unseren Ungunsten interpretiert, zeigt sich, wo sie wirklich unzureichend für unsere Zwecke und zum Schutz unserer und der Interessen der Archäologie sind. Genau das muss man aber wissen, wenn man vorausschauend dafür Vorkehrung treffen will, dass nicht der Maximalschaden eintritt, wenn sich herausstellt, dass nicht die ‚archäologiefreundlichste‘, sondern die für die Archäologie schlechteste aller möglichen Interpretationen des Gesetzes tatsächlich korrekt ist und angewandt wird. Man darf durchaus das Beste für die archäologischen Denkmale hoffen, aber planen muss man für das schlechteste mögliche Ergebnis um vorausschauend Schaden an ihnen minimieren zu können. Hätte nämlich das BDA die letzten 26 Jahre – denn so lange gilt die derzeit bestehende Rechtslage wenigstens in ihren wesentlichen Grundzügen schon – seine personellen Ressourcen dazu genutzt Gutachten zur Bedeutung nicht denkmalgeschützter archäologischer Denkmale zu verfassen, statt sie darauf zu verschwenden, wohl über 10.000 – noch dazu in der Mehrheit aller Fälle im Licht des Erkenntnis des VwGH vom 23.2.2017, Ro 2016/09/0008, mutmaßlich rechtswidrig ergangene – Genehmigungsbescheide für professionelle archäologische Ausgrabungen und sonstige Nachforschungen an Ort und Stelle zu erlassen, könnte man heute vermutlich wenigstens ein paar tausend wirklich bedeutende archäologische Denkmale mehr der Bewilligungspflicht des § 11 Abs. 1 DMSG unterwerfen als nur die etwa 1.100, die schon unter Denkmalschutz stehen.

Ebenso kann man erst, wenn man weiß und versteht, wie und warum die geltenden Gesetze für unsere Zwecke und den Schutz der Interessen der Archäologie unzureichend sind, beginnen sich sinnvolle Alternativen zu überlegen und auch durchzusetzen zu versuchen. Denn wenn uns die geltenden Gesetze nicht gefallen – und mir gefällt das geltende österreichische DMSG aus archäologisch-denkmalpflegerischer Sicht übrigens überhaupt nicht – muss man sie zu ändern versuchen, damit sie eher das sagen, was man will; statt die geltenden Gesetze in der administrativen Praxis doch irgendwie so hinzubiegen zu versuchen, dass man halbwegs das mit ihnen erreicht, was man will, auch wenn sie das gar nicht herzugeben vermögen.

Irgendwie Durchwurschteln, im Notfall damit, dass man so tut, als ob alles anders wäre, als es tatsächlich ist, mag die typisch österreichische Methode sein um mit Problemen umzugehen; aber eine Problemlösungsmethode ist es nicht. Selbst wenn es dadurch, dass man es nur stark genug ignoriert, ein paar Jahrzehnte dauern mag, bis das verdrängte Problem wirklich virulent wird; irgendwann wird es akut; und hat man dafür zwischenzeitlich nicht vorgebaut, tritt der größte anzunehmende Unfall ein, wie das jetzt in der archäologischen Denkmalpflege der Fall ist. Denn insbesondere das hier diskutierte Erkenntnis des VwGH ist der ‚Freibrief für Metallsucher‘, den wir immer gefürchtet haben: nicht nur gibt es alle Flächen für die Metallsuche frei, bezüglich derer wir noch gar nicht wissen, ob auf ihnen archäologische Denkmale vorkommen, sondern aller Wahrscheinlichkeit nach auch die ca. 51.000 archäologischen Denkmale, von deren Vorkommen wir zwar bereits wissen, aber deren ein öffentliches Interesse an ihrer Erhaltung begründende besondere Bedeutung (noch) nicht in einem Unterschutzstellungsverfahren oder wenigstens durch veröffentlichte Fachgutachten festgestellt wurde.

Eine Gesetzesänderung ist nun also noch offensichtlicher dringend notwendig. Vielleicht sollten wir als Fachgemeinschaft endlich darüber reden.

## Literaturverweise

Bazil, C., Binder-Kriegelstein, R., Kraft, N. 2015. *Das österreichische Denkmalschutzrecht. Denkmalschutzgesetz & Kulturgüterschutzrecht, Durchführungsvorschriften, Unionsrecht*. 2. Aufl., Wien: Manz.

BDA 2016. [Richtlinien für archäologische Maßnahmen. 4. Fassung – 1. Jänner 2016](#). Wien: Bundesdenkmalamt, [19.9.2017].

BDA 2018. [Richtlinien für archäologische Maßnahmen. 5. Fassung – 1. Jänner 2018](#). Wien: BDA, [2.2.2018].

Europarat 1992. [Europäisches Übereinkommen zum Schutz des archäologischen Erbes \(revidiert\)](#). Valletta, 16.1.1992, Council of Europe [20.9.2017].

Karl, R. 2013. [Unseres? Deins? Meins? Wem gehören archäologische Kulturgüter?](#) *Archäologische Informationen* 36, 2013, 139-52, [21.9.2017].

Karl, R. 2014. Ein mikrolithischer Monumentalbau: Zur legalen Ein- und illegalen (?) Ausgrabung eines Weihnachtsmanns. *NGÖ Jahresschrift* 2014, 8-13.

Karl, R. 2016a. Die Wahrheit ist die beste Verteidigung. „Unautorisierte“ Metallsuchen und die Forschungsfreiheit. *Jahresschrift Netzwerk Geschichte Österreichs* 2016, 3-9.

Karl, R. 2016b. [Obrigkeit und Untertan im denkmalpflegerischen Diskurs. Standesdenken als Barriere für eine Citizen Science?](#) *Forum Kritische Archäologie* 5, 2016, 1-15.

Karl, R. 2017a. [The Freedom of Archaeological Research: Archaeological Heritage Protection and Civil Rights in Austria \(and Beyond\)](#). *Public Archaeology* 16/1, 2017, 1-17.

Karl, R. 2017b. [Ich bin Hobbychirurg und Hobbypolizist](#). *Archäologische Informationen* 40, 73-86.

RV 1990. [Regierungsvorlage. Bundesgesetz vom XX.XXXXX, mit welchem das Bundesgesetz betreffend Beschränkungen in der Verfügung über Gegenstände von geschichtlicher, künstlerischer oder kultureller Bedeutung \(Denkmalschutzgesetz\) geändert wird](#). 1275 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XVII. GP [20.9.2017].

RV 1999. [Regierungsvorlage. Bundesgesetz, mit welchem das Bundesgesetz betreffend Beschränkungen in der Verfügung über Gegenstände von geschichtlicher, künstlerischer oder kultureller Bedeutung \(Denkmalschutzgesetz – DMSG\) geändert wird](#). 1769 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XX. GP [20.9.2017].